

LES ETRANGERS ET LES LIBERTES

Le droit des étrangers a été profondément remanié ces dernières années : dans un premier temps, avec la **loi du 26 novembre 2003** pour la maîtrise de l'immigration, le séjour des étrangers en France et la nationalité et avec celle du [24 juillet 2006 concernant l'immigration et l'intégration](#), puis plus récemment avec la loi du **20 novembre 2007** relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile.

Dès les années 90, un affaiblissement de la contrainte de constitutionnalité exercée pour la sauvegarde de la liberté individuelle des non-nationaux s'est fait ressentir. Cet affaiblissement a connu son apogée avec la décision du **Conseil Constitutionnel de 2003 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité** (Loi Sarkozy II).

Cette décision apparaissait peu exigeante quant au contenu et à la garantie des droits des étrangers, et donne l'impression de laisser une grande marge de manœuvre au législateur. Ladite loi prévoyait en effet de nouvelles modalités de prolongation de la rétention administrative des étrangers prévue initialement par la **loi de 1945**. Notons que le législateur avait néanmoins rappelé à cet égard que l'article 66 de la Constitution donne la possibilité à l'autorité judiciaire d'interrompre à tout moment la rétention. Le législateur entendait ainsi apaiser les conséquences de cette loi nouvelle à l'égard des droits des étrangers en situation irrégulière.

La **décision de 2003** donne le sentiment que le Conseil Constitutionnel a sacrifié les principes essentiels de la liberté individuelle des étrangers sur l'autel de la garantie judiciaire.

En ce qui concerne la **loi de 2006** et celle de **2007**, elles feront l'objet d'une analyse plus approfondie, ce qui nous permettra de comprendre dans quelle mesure les droits et libertés des étrangers peuvent faire l'objet de nombreuses restrictions.

Le relâchement de la loi quand à la mise en œuvre des principes affirmés par le Convention et la Cour Européenne des droits de l'homme semble contribuer à l'affaiblissement des droits et libertés des étrangers. Dans cette lignée, il apparaît que, de plus en plus souvent, les hautes autorités de l'ordre judiciaire sont contraintes d'intervenir dans la précipitation afin d'éviter que les services de contrôle de l'immigration n'abusent de leur prérogatives.

Le constat de cette situation se fera notamment par une rapide analyse de la législation et du contrôle qui en est fait. Il conviendra par ailleurs de prêter une attention toute particulière à certaines libertés individuelles qui sont parfois bafouées ou méconnues lorsqu'elles concernent des étrangers.

I. Les droits et libertés des étrangers face aux pouvoirs publics

A) Un relâchement du contrôle par le Conseil Constitutionnel

- Le Conseil Constitutionnel n'a, pendant un temps, plus exercé qu'un contrôle restreint, limité à la censure des disproportions ou erreurs manifestes commises par le législateur dans la conciliation qu'il lui appartient d'opérer entre la préservation de l'ordre public et l'exercice des droits et des libertés.

La liberté individuelle se traduit par l'existence d'un seuil de constitutionnalité infranchissable par le législateur qui implique que les atteintes à la liberté individuelle soient justifiées par la poursuite d'un OVC (objectif à valeur constitutionnelle), et limitée à ce qui est strictement nécessaire pour la réalisation de cet OVC.

La protection de la liberté est judiciairement garantie par l'article 66 de la Constitution selon lequel nul ne peut être arbitrairement retenu. Y est également affirmé que l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle et c'est en tant que telle qu'elle assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi. L'autonomie de cette liberté est assurée par le fait qu'aucune atteinte ne peut lui être apportée sans l'intervention des magistrats de l'ordre judiciaire.

Néanmoins, il arrive que, même dans ce cas, elle subisse des atteintes contraires à ses principes essentiels. Dans la décision « **Maîtrise de l'immigration** » de 1993, le **Conseil Constitutionnel** a retenu que « *même placée sous le contrôle du juge, la mesure de rétention administrative ne saurait être prolongée au delà de 7 jours, sauf urgence absolue et menace d'une particulière gravité pour l'ordre public, sans porter atteinte à la liberté individuelle garantie par la Constitution* ».

La même année, le **Conseil Constitutionnel** dans une décision « **Contrôle d'identité** » a affirmé que « *c'est à l'autorité judiciaire qu'il incombe, conformément à l'article 66 de la Constitution, d'exercer un contrôle effectif sur le respect des conditions de forme et de fond sur lesquelles le législateur a entendu assurer la conciliation entre la liberté individuelle et les OVC* ».

Conformément à cette jurisprudence, et même si aucun principe ni qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national, **il est tout autant acquis que le législateur doit respecter les droits et libertés fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République** (c'est ce qui

ressort notamment de la décision n° 93-325 DC du 13 août 1993). **Parmi ceux-là, se trouvent le droit à mener une vie privée et familiale normale mais également le droit au respect de la dignité humaine** : le respect de ces droits et libertés ne saurait tolérer une appréciation aléatoire de ce qui peut ou non être considéré comme « d'une particulière gravité pour l'ordre public », seulement en raison d'un contexte politique mondiale sous tension.

A titre d'exemple on peut évoquer la procédure d'expulsion d'étrangers à l'entrée du territoire français dite « procédure de l'asile à la frontière » qui, après avoir été mise en œuvre, a finalement été déclarée contraire aux droits de l'homme en raison de l'absence de recours effectif, et ce, par la Cour Européenne des droits de l'Homme et non par le Conseil Constitutionnel (cela concernait les étrangers arrivant en situation irrégulière et déposant une demande d'accès au territoire au titre de l'asile). Par ce procédé, l'étranger pouvait être réacheminé en toute légalité avant même que le juge ait statué.

Il semblerait que les droits et libertés auxquels pouvaient prétendre les étrangers aient connu un affaiblissement significatif sans qu'à cette époque, le Conseil Constitutionnel ne soit intervenu afin de censurer des lois qui, au lieu d'être mise en œuvre exceptionnellement en temps de crise, sont rapidement devenues la règle.

- **La loi du 15 novembre 2001 « Sécurité quotidienne »** avait installé un doute quand au devenir des principes essentiels entourant la liberté individuelle des étrangers. En effet, cette loi avait été transformée en une sorte de loi anti-terroriste par les attentats du 11 septembre 2001. Certaines dispositions portaient atteinte à des principes essentiels de la liberté individuelle mais elles étaient spécifiques au terrorisme et aux infractions qui l'alimentent, et étaient sensées être limitée dans le temps. Cependant, le Parlement les avait généralisées. A titre d'exemple on peut citer le cas des opérations permettant au Procureur d'ordonner la visite des véhicules circulant, arrêtés ou stationnant sur la voie publique ou dans des lieux accessibles au public, procédure à laquelle les pouvoirs de police ont souvent eu recours, ce qui leur a, mainte fois, permis de procéder à l'arrestation d'étrangers en situation irrégulières. Cette intrusion dans l'intimité de la vie privée des individus a, semble t-il, institué un moyen légal de pourchasser les sans

papiers. Le rôle apparemment sécuritaire de cette loi lui avait permis d'échapper à la censure du Conseil alors que l'utilisation détournée qui en était faite portait atteinte aux droits et libertés les plus essentiels de chacun.

On constate ainsi que la liberté individuelle, et notamment celle des étrangers, a vu ses conditions d'exercice fortement restreinte et parfois livrée au pouvoir discrétionnaire de l'autorité judiciaire.

B) Le durcissement des obligations des étrangers avec la loi du 20 novembre 2007

La **dernière réforme du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile** a conduit, selon certains, « à une négation radicale des droits fondamentaux de la personne ». Elle restreint encore plus radicalement le droit au séjour pour les familles, les conjoints, les enfants, de toutes celles et ceux qui ont établis leur vie en France. Elle entérine la quasi-disparition de la « carte de résident » qui constituait un bon outil d'intégration. Cette réforme s'attaque également au droit de séjour des malades étrangers (**décret du 21 mars 2007** relatif à la carte de séjour portant la mention " compétences et talents ").

En ce qui concerne les étrangers en situation régulière, le droit de vivre en famille deviendra de plus en plus difficile dans la mesure où le gouvernement a durci les conditions de regroupement familial.

Actuellement, l'immigration est très majoritairement familiale et minoritairement économique : en 2005, sur 185 000 titres de séjour délivrés, 94 500 l'étaient au titre du regroupement familial. Prenant en considération cet état de fait, le législateur a entendu modifier les conditions permettant de prétendre au regroupement familial. C'est ainsi que la **loi du 20 novembre 2007** impose un certain nombre de conditions aux candidats au regroupement. Au titre des devoirs qui lui sont imposés, il devra, entre autre, témoigner d'une connaissance de la langue française et des valeurs de la République ou encore se soumettre à un bilan de compétence dès lors qu'il était en situation irrégulière lors de son arrivée en France. Par ailleurs, les parents devront signer un contrat d'accueil et

d'intégration par lequel ils s'obligent à suivre une formation sur les droits et devoirs des parents en France...

La grande « innovation » de la **loi de 2007** fut la mise en œuvre du « test ADN » au service de l'Etat dans la maîtrise de l'immigration. Il apparaît ainsi que les garanties tenant à la vie familiale aient été une nouvelle fois remise gravement en cause notamment avec cet amendement Mariani relatif aux tests ADN pour le regroupement familial.

Pourquoi et comment se déroule effectivement la mise en place de ce

« **dépistage** » : les principaux reproches formulés contre cet amendement concernent le fait qu'il s'agit ici de mêler génétique et politique d'immigration ce qui, pour certains, va créer une brèche dans l'éthique républicaine. Il s'agira en quelque sorte de « dépister » les fausses familles. De plus, cela conduit à faire peser sur les candidats au regroupement, et sur les pays d'origine concernés, une présomption de fraude.

Par ailleurs, en France, les tests d'identification génétiques ne sont autorisés que sur décision d'un juge, dans le cadre d'un procès en recherche ou en contestation de paternité ou dans le cadre d'un procès pénal.

Néanmoins, il existe quand même certains garde-fous depuis la révision du projet initial, notamment en raison de la décision du **Conseil Constitutionnel** intervenue le **15 novembre 2007**. Ainsi la procédure ne pourra être déclenchée qu'avec l'accord des intéressés (les autres suivront la voie traditionnelle), les frais occasionnés seront à la charge de l'Etat, les tests seront limités à la recherche d'une filiation déclarée avec la mère du demandeur du visa (le choix de recourir aux tests ADN ne saurait aboutir à la révélation, pour le père, qu'il n'est pas le père biologique de ses enfants) et ne concerneront que les ressortissants de certains pays (ceux dont l'état civil est défaillant).

Cependant, on peut se demander quelle est alors l'utilité réelle de ces tests :

- le fait de prouver qu'un enfant est le fils de sa mère n'a guère d'intérêt puisque dans près de 85 % des cas, ce sont les hommes qui demandent le regroupement familial,
- de plus, cela ne concernera pas les ressortissants de l'Algérie, du Maroc ni de la Tunisie, or, en 2005, 13 722 Maghrébins sont entrés en France par ce biais sur 22 978 personnes, soit près de 60%.

Il reste à signaler que dans sa forme initiale, le comité consultatif d'éthique avait

rendu un avis dans lequel il jugeait le dispositif en contradiction avec l'esprit de la loi française. Par ailleurs, et dans la mesure où la création de lois nouvelles semble devenue à la mode depuis quelque temps, rien ne peut laisser penser que l'identification génétique ne deviendra pas rapidement obligatoire pour tous.

Il convient dès lors de signaler que, par delà cette atteinte à l'intégrité physique, les étrangers ont quelques fois à faire face à une négation de certains de leurs droits fondamentaux.

II. Atteintes et protection des droits des étrangers

A) L'atteinte au droit au mariage

Le droit de se marier est un droit fondamental, reconnu et protégé, et régi par les **articles 144 et suivants du Code Civil**. Toute restriction au droit de se marier est interdite, notamment en raison de l'origine nationale (**article 12 et 14 de la Convention Européenne des droits de l'Homme**). Aucune obligation particulière ne doit être imposée aux étrangers.

Le **projet de loi sur la « maîtrise de l'immigration »**, adopté par le Parlement le **28 octobre 2003**, prévoyait la possibilité, pour les officiers d'état civil, de vérifier la situation administrative des futurs conjoints étrangers et de saisir directement le Procureur dès que ceux-ci n'étaient pas en mesure de produire un titre de séjour, en considérant que cela constitue un indice laissant présumer une fraude. Mais le **Conseil Constitutionnel**, le **20 novembre 2003**, *a jugé contraire à la Constitution de considérer l'irrégularité de séjour comme un indice sérieux de « mariage blanc »*.

La disposition votée par le Parlement portait une atteinte si grave et si évidente au droit de se marier que le Conseil Constitutionnel n'a pu faire autrement que de l'invalidier. Aucune condition de régularité de séjour des futurs époux ne peut leur être exigée.

- **La volonté avérée d'entraver les mariages mixtes :**

C'est à propos d'une tentative d'entrave à un mariage entre un français et une camerounaise que début 2005, l'administration niçoise a annulé une procédure tendant à mettre en péril la célébration de ce mariage.

Déroulement des faits : après son arrivée en France quelques mois auparavant, Mme Thérèse Chantal Bayiha rencontre Laurent Chabas. Ces derniers décident rapidement de se marier. Comme la loi l'y incite, le service d'état-civil signale au parquet de Toulon le Projet de mariage « mixte » entre français et étranger. A ce moment là, le parquet ne s'est pas opposé à l'union et n'en a pas demandé la suspension afin d'enquêter sur la sincérité de l'union. Mais quelques jours avant la célébration du mariage, les policiers de la Garde se sont présentés au domicile de Chantal pour exécuter un arrêté de reconduite à la frontière signé par le Préfet du Var le jour même. Après deux nuits de garde à vue, Chantal se présente devant le Juge des libertés et de la détention qui lui signifié son placement immédiat au centre de rétention de Marseille, alors même que jusqu'à présent elle n'avait fait l'objet d'aucune procédure.

Il a fallu la mobilisation de la Ligue des droits de l'Homme et d'un avocat du barreau de Toulon pour que la jeune Camerounaise sans papiers puisse finalement faire célébrer son mariage. Leur mobilisation a permis la saisine expresse du Tribunal administratif de Nice. Le juge a annulé l'arrêté de reconduite à la frontière estimant que ce dernier avait été pris trop hâtivement et dans le seul but d'empêcher ce mariage.

La décision du Tribunal administratif de Nice semble dès lors créer un précédent puisque sa décision revient à interdire l'expulsion d'un étranger au seul prétexte, non officiel, d'éviter son union avec un Français. Notons que ce n'est que parce que l'arrêté avait été pris seulement 3 jours avant la célébration de l'union que la défense a obtenu gain de cause. Cela traduisait la réelle intention du Préfet.

- **La condamnation du recours à des « conventions-pièges » par les commissariats de police.**

Le 31 mai 2007, un juge des libertés et de la détention du Tribunal de Grande Instance de Marseille siégeant au Centre de rétention administrative du Canet a pris

position, de manière inédite, sur la légalité de l'interpellation d'un étranger qui souhaite épouser une ressortissante française et qui s'était rendu au commissariat de police à la suite d'une convocation concernant son dossier de mariage (contrôle que le parquet est en droit d'effectuer par le biais des services de police afin de vérifier qu'il ne s'agit pas d'un mariage de convenance).

La **Cour de Cassation** avait estimé, le **6 février 2007**, que l'administration ne pouvait « *utiliser la convocation à la préfecture d'un étranger faisant l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière pour faire procéder à son interpellation en vue de son placement en rétention* ». Cette décision du JLD de Marseille devrait inciter les différentes administrations françaises au respect des « *frontières éthiques et déontologiques qu'il convient de ne pas dépasser dans un Etat démocratique* ».

Dans cette lignée, la pratique adoptée par les services du parquet et de la préfecture du Var permettait d'organiser la reconduite à la frontière d'un(e) étranger(e) dès lors qu'il envisageait sérieusement de concrétiser son union avec un(e) français(e). L'étranger était ainsi prié de présenter ses papiers, qu'il n'avait bien évidemment pas sinon il ne ferait pas l'objet d'une convocation en vue d'examiner la sincérité de son projet matrimonial.

Dès lors, l'étranger est mis en garde à vue ; pendant ce temps son dossier est transmis à la préfecture pour que soit pris un arrêté de reconduite à la frontière. Ce dernier est alors placé en rétention administrative.

C'est à cet égard que le JLD a pris parti sur la pratique de ces convocations piège adressées par la police aux étrangers souhaitant se marier. L'avocat de la défense a invoqué **l'article 5 de la Convention Européenne** (le droit à la liberté et à la sûreté) et invité le juge à considérer que *le procédé de la police était déloyal, la convocation de la police ayant pour seul objet de mettre en garde à vue l'étranger*. Le juge a ainsi retenu que les termes de ladite convocation étaient trompeurs et qu'il s'agissait d'un procédé déloyal et d'une violation de **l'article 5 de la Convention**.

Le Tribunal administratif de Marseille a annulé l'arrêté préfectoral dès le lendemain pour « détournement de pouvoir » car le départ forcé de l'étranger aurait rendu impossible le mariage alors que selon **l'article 12 de la CEDH**, il s'agit d'un droit absolu que seul le Procureur de la République a le pouvoir d'empêcher. **Le fait de considérer**

comme « un procédé déloyal » une convocation débouchant sur une interpellation sans aucun rapport avec le motif original constitue une première juridique française.

Il apparaît enfin qu'il n'y a pas que les droits civils des étrangers qui sont parfois négligés, leurs droits juridiques le sont parfois aussi, d'où la mise en place de recours spécifiques.

B) Les conditions d'exercice de recours offert aux étrangers

- **Le référé-liberté**

Par une décision du **26 avril 2007**, la **Cour Européenne des droits de l'Homme** a condamné la France en raison de **l'absence de recours effectif** pour les étrangers maintenus en zone d'attente qui demandent leur admission sur le territoire français au titre de l'asile.

La procédure de référé-liberté prévue au CJA à l'article L521-2 (*« Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures »*) ne garantit pas un recours effectif au sens de l'article 13 de la Convention Européenne des droits de l'Homme, et ce, dans la mesure où il n'avait pas d'effet suspensif de plein droit : l'intéressé pouvait ainsi être réacheminé en toute légalité avant que le juge ait statué. Les faits concernaient un ressortissant érythréen fuyant son pays, qui avait fait une demande d'asile auprès de l'Etat français, ce dernier l'ayant rejeté après avis de non admission de l'OFPRA (Office français de protection des réfugiés et des apatrides). Ce refus avait fait l'objet d'un référé-liberté.

Selon la Cour Européenne « compte tenu de l'importance que la cour attache à l'article 3 de la Convention (prohibe la torture et les traitement inhumain) et de la nature

irréversible du dommage susceptible d'être causé en cas de réalisation du risque de torture ou de mauvais traitement, cela vaut évidemment aussi dans le cas où un Etat partie décide de renvoyer un étranger vers un pays où il a des motifs sérieux de croire qu'il courrait un risque de cette nature : pour la cour, en l'espèce, n'ayant pas eu accès en zone d'attente, à un recours de plein droit suspensif, le requérant n'a pas disposé d'un recours effectif pour faire valoir son grief tiré de l'article 3 de la Convention : il y a donc violation des articles 3 et 13 de cette Convention.

Pour l'ANAFE (Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers), cette décision implique clairement que la France doit admettre sur son territoire tous les demandeurs d'asile se présentant à ses frontières pour leur permettre de bénéficier d'une procédure conforme aux exigences de la Convention Européenne. Cependant, cela risque de transformer toutes les demandes d'entrée sur le territoire en demande d'asile.

En dernier lieu, l'ANAFE a critiqué l'accélération des procédures appliquées aux demandeurs d'asile en zone d'attente ce qui laisse peu de possibilités au demandeur de rassembler les pièces nécessaires à l'appui de sa demande.

- **Les possibilités de défense et de recours dans les Centre de Rétention**

Administrative :

Dans le principe, à son arrivée au CRA, l'étranger est informé de ses droits dans une langue qu'il comprend ; il peut bénéficier d'un avocat et d'un interprète (à condition de pouvoir le payer). Dans la réalité, les situations sont très variables : à Lyon par exemple, un livret d'information rédigé en 18 langues est distribué, encore faut-il que le retenu sache lire ou encore, comprenne les termes juridiques employés.

L'étranger, s'il n'a pas encore fait de demande d'asile, peut le faire dans les 5 jours qui suivent son placement au Centre de rétention administrative. On peut remarquer que ce délai est très court car il est difficile de monter un dossier, de fournir des preuves en si peu de temps et dans les conditions de vie d'un CRA. C'est ainsi qu'intervient la CIMADE (ONG qui accueille, oriente et défend les demandeurs d'asile, les réfugiés et tous les migrants) dont la mission est de visiter les étrangers pour leur donner toute

information et toute aide utile et leur assurer les liens avec l'extérieur. Elle doit permettre l'exercice effectif des droits des personnes retenues dans les centres mais également dans les locaux de rétention. La CIMADE est la seule association compétente pour satisfaire à ces exigences.

- **Un projet tendant à réduire davantage les droits des étrangers :**

En 2005 avait été proposé un projet consistant à faire juger par un juge unique le contentieux des refus de titre de séjour, et même de l'ensemble des décisions individuelles concernant les étrangers, à l'exclusion des mesures d'expulsion.

Abandonner la collégialité c'est renoncer à une garantie essentielle pour le justiciable sans que l'urgence ne le justifie.

Cette proposition s'inscrit dans la lignée des réformes précédente, notamment celle présente dans le CJA qui permet à un magistrat administratif de déclarer manifestement irrecevable les requêtes contre les arrêtés de reconduite à la frontière sans audience, privant l'étranger de tout moyen de se défendre (**décret du 29 juillet 2004**). Cette même réforme a d'ailleurs prévu le transfert de la compétence pour contrôler les reconduites à la frontière des étrangers en rétention administrative au tribunal dans le ressort duquel est situé le centre de rétention, et non au domicile de l'intéressé, ce qui l'empêche matériellement d'organiser sa défense s'il est placé dans un centre éloigné de chez lui.

Au final, il apparaît que le recul des droits et libertés des étrangers est de plus en plus présent et sur la scène politique, et dans le domaine législatif, ce qui n'apparaît pas réellement étonnant tant les deux sont indéniablement entremêlés. Les réformes intervenues depuis les cinq dernières années n'ont eu de cesse de faire reculer les droits et libertés des étrangers, ce qui démontre que la situation des droits en France est indissociablement liée au contexte mondial.

Il apparaît important de signaler que dans sa **décision du 15 novembre 2007**, le

Conseil Constitutionnel s'était également prononcé relativement à une disposition du **projet de loi de 2007** en ce qui concerne la réalisation de statistiques faisant apparaître les origines raciales ou ethniques. Le Conseil Constitutionnel a estimé que « *si le traitement nécessaire à la conduite d'étude sur la mesure de la diversité des origines des personnes, de la discrimination et de l'intégration peuvent porter sur des données objectives, ils ne sauraient, sans méconnaître le principe énoncé par l'article 1^{er} de la Constitution, reposer sur l'origine ethnique ou sur la race* ». Cette disposition du projet de loi de 2007 a été ainsi déclarée inconstitutionnelle, et reflète la volonté évidente du juge constitutionnel de veiller au respect des principes constitutionnels qui proscrivent tout communautarisme.